Otro papel en el tom: 13 fol. 460

 436

# POR

# DON IVSTINO DE Xaurigui, menor, en el pleyto de acreedores de Pedro del Carpio; en el articulo con el Conuento de la Real; y otros acreedores.



EL HECHO DE ESTE PLEYTO CONtiene dos partes; vna, que mira al remate, y aprobacion del, y otra, que mira al deposito: y para que vna y otra se ajuste, serà necessario referirlas ambas por menor, y con todas sus circunstancias, porque son importantes para la justicia de don Iustino.

## Primera parte del hecho.

AVIENDOSE mandado vender todos los bienes deste concurso ante el juez ordinario, y traydose en pregõ mas de treynta dias, vino apelado a esta Real Audiencia, donde por sentencia de reuista se cõfirmò la del Ordinario, y se graduaron todos los acreedores. Y por parte del Conuento de la Real se pidiò, que supuesto que los bienes auian andado en pregon ante el Ordinario el termino del derecho, se asignasse dia para el remate; y la Sala mãdò se traxesse en pregõ ocho dias mas, y al vltimo se rematasse: y auiendo auido algunas posturas, se remataron las casas principales del Barrio del Duque, y la cochera, y corral de vezindad en don Iustino de Xaurigui, y don Lorenço del Castillo su tutor, auiendose hecho por su parte la postura siguiente.

### POSTVRA.

*DIxo, que ponia, y puso las dichas casas en setenta y dos mil reales de bellon, con calidad, que de la dicha cantidad se baxen, y dis[c]uenten los tributos que tuuieren las dichas casas, los perpetuos, a razon de treynta mil el millar, y los al quitar, a razon de a veynte; y los que fueren en plata su principal, auia de cumplir con*

*con reconocerlos, y descontarlos del dicho precio en bellon sus principales, con el pre*
*mio corriente; y los ha de poder redimir, y quitar quando quisiere, con el premio que*
*corriere al tiempo de la redencion, y en el interin auia de cumplir con pagar los redi*
*tos en bellon sin premio alguno, aunque en las imposiciones se dixesse otra cosa, y el*
*resto que quedasse de la dicha cantidad, baxados, y descontados los principales de*
*los tributos en la forma referida, lo auia de depositar en poder del Depositario ge-*
*neral, o pagarlo a quien por los dichos señores fuesse mandado, quedando por cuen-*
*ta, y riesgo de quien lo huuiesse de auer, en poder del dicho don Lorenço del Castillo;*
*porque auiendose hecho el remate, no auia de correr ningun riesgo el dicho don Lo-*
*renço en el dinero, y la dicha paga, o deposito haria luego q̄ se le aya aprouado el re-*
*mate, y se le aya dado possession de las casas.*

Despues huuo otras posturas, y vltimamente pujò el dicho don Lorenço del Castillo, hasta siete mil ducados, y se le remataron las casas, y acetò el remate: y concluye diziendo: *Y se obligò a pagar la can-tidad de marauedis que sobrare, baxados los dichos tributos en la forma que se con-tiene en su postura a los acreedores del dicho Pedro del Carpio, que por los dichos se-ñores les fuere mandado.*

Auiendose pedido aprobacion deste remate, lo contradixo Die-go de Anaya, que es vno de los acreedores de tributo, diziendo, que el remate fue nulo, porque las casas se auian de vender cada vna de por si, y no todas tres juntas.

Lo segundo, porque las condiciones del remate no se podian ad-mitir, porq̄ los principales de los tributos no se pagauan en cōtado, y saliendo de vn cōcurso, se entraria en otro. Lo tercero, porque los principales, que son en plata, se reduzen a bellon, contra la condi-cion del contrato, y los reditos, con que se quita la renta. Lo quar-to, y vltimo, porque el riesgo del dinero no auia de correr por su cuenta, ni la possessión de las casas se auia de dar hasta que se huuies-se pagado el precio.

Vistos los autos, se mandò, que no auiendo mayor ponedor den-tro de ocho dias, *desde luego aprobauan el dicho remate, y que sin mas auto se diesse la possession de las casas al tutor, y para ello se diesse prouision, y este auto se despachasse.* Y auiendo andado en pregon, el mismo Diego de Anaya pidio licencia para suplicar, y se le denegò, mandando que los ocho dias boluiessen a correr de nueuo, y que no se admitiesse mas peticion.

En este termino, el Canonigo Antonio de Villagran, que tam-biē es acreedor en este pleyto, puso las casas principales, y la coche-ra en cinquenta mil reales de bellon, para efeto de pagar al dicho Diego de Anaya su tributo de plata, reduziendose a bellon, y des-contandose los demas tributos perpetuos, y al quitar, reduzidos a be

a bellon: la qual postura se contradixo por el tutor, por no ser mejor que la suya: y auiendo visto el pleyto, se mandò se diesse traslado a todos los acreedores, y se le notificò, y no se alegò nada: y visto los autos se mandò, que las casas *boluiessen a andar en pregon otros ocho dias, y que en este termino las partes diessen informacion del valor que tenian todas tres, y passado, con la informacion, y posturas que huuiesse, se traxesse para proueer.* Y este auto se notificò a todos los acreedores, y los pregones se dieron. Y vno de los acreedores, que fue el Colegio de la Compañia, diò informacion con maestros Alarifes, que dixeron, que las casas valian hasta siete mil ducados, en que las apreciaron. Y vltimamente, vistos los autos en treynta y vno de Iulio deste año, se mandò *executar el primer auto, en que se aprobò el remate, y se mandò dar la possession al dicho menor, y su tutor.* Y en execucion de estos autos se despachò prouision de possession, y se le diò al menor, y actualmente las està posseyendo.

# Segunda parte del hecho.

Despues de lo referido, por parte del Colegio de la Compañia se pidiò se hiziesse liquidacion, y que en el interin que se hazia y se sacauan las prouisiones de pago, se le notificasse al tutor retuuiesse el dinero en su poder por cuenta y riesgo de los acreedores, conforme al remate, y se le notificò.

El tutor diò peticion, diziendo, que lo que el Colegio pretendia en este pleyto, eran tres mil y tantos ducados, y que estos estaua presto de retener en su poder por cuenta y riesgo del dicho Colegio; y que el resto, cumplimiento a los siete mil ducados, baxado vn tributo perpetuo, estaua presto de depositarlo, para que las casas quedassen libres de los tributos, y que se hiziesse notorio del deposito, y retencion a los acreedores, para que les parasse entero perjuyzio, y corriesse por su cuenta y riesgo qualquier accidente que sobreuiniesse. Desta peticion se mandò dar traslado, y se notificò a todos los acreedores, y quedaron todos notificados en veynte y nueue de Agosto: y por parte del tutor se pidiò, que se traxessen los autos, para q̃ se viesse sobre el articulo del deposito: y esta peticion se presentò en treynta de Agosto, y aunque se mandaron lleuar, no parece se vieron, porque los acreedores fueron pidiendo prorrogaciones. Y por parte del Conuento de Santa Maria la Real se contradixo el deposito, diziendo lo primero, que aunque se auia probado el remate, auia sido sin embargo de suplicacion, y que se le auia de dar licencia para suplicar; pues si la postura tenia efeto, se le

paga-

pagaria su tributo en bellon, siendo de plata, contra la executoria de graduacion.

Lo segundo, porque el Canonigo Villagran auia hecho mejor postura, y demas vtilidad a los acreedores. Lo tercero, porque las casas no se auian pregonado treynta dias en esta Real Audiencia, ni el pleyto se auia sustanciado con los acreedores en persona. Lo vltimo, porque el deposito que se ofrecia, no era de la cantidad entera, pues el tutor retenia tres mil ducados para el Colegio de la Compañia, siendo acreedor posterior, y que estaua graduado en noueno lugar. La misma contradicion hizo el Hospital del Cardenal. Y en este estado, que fue en cinco de Setiembre, doña Maria Gomez de Aparaya hizo postura de dos mil y quinientos ducados de plata, a pagar en dos años, baxandose dellos el tributo perpetuo; y por parte del Canonigo Villagran, tambien se contradixo el deposito, insistiendo en la postura de la dicha doña Maria.

En quatro de Setiembre, el tutor hizo deposito en el Depositario general de setenta y vn mil trecientos y cinquenta reales de bellon, que quedaron liquidos, baxado vn tributo perpetuo, para hazer pago a los acredores de Pedro del Carpio, en conformidad de su postura, por cuenta, y riesgo de los acreedores. Y en el mismo dia quatro, presentò testimonio del deposito, y pidiò se declarasse auer cumplido, y que estauan las casas libres de los tributos, y que se le diesse testimonio, y se hiziesse saber a los acreedores: a los quales se les diò traslado, y a todos se les notificò en sus personas, y a sus procuradores, en quatro, y en cinco del mismo mes, excepto a don Fernando de Montesdoca, que se notificò en diez, y a Diego de Anaya en doze del mismo mes de Setiembre. La baxa del bellon se publicò en quinze de Setiembre.

Y despues algunos dias, por parte del Conuento de la Real se contradixo lo q̃ pretende el tutor. Lo primero, porq̃ no estaua el pleyto para auer hecho el deposito, porq̃ estaua cõtradicho, y no se auia determinado el articulo. Lo segundo, porq̃ tenia pedido licencia para suplicar de la aprobacion del remate, por ser cõtra la executoria de graduacion. Lo tercero, porq̃ el deposito no fue conforme al remate, pues primero se auiã de liquidar los tributos perpetuos y al quitar, y solo se podia depositar lo que quedasse, y liquidandose, no que daua nada, porque los tributos embeuen todo el precio. Lo quarto, porque estaua hecha postura por doña Maria de Aparaya, y admitida en dos mil y quinientos ducados de plata, y sobre todo pide restitucion.

Finalmente se supone y aduierte, que despues del posito se hizo liqui-

liquidacion de los acreedores, y del precio, y se presentò en diez de Setiembre, y està cōtradicha por algunos de los acreedores, y dicho agrauios della.

Supuesto el hecho referido, se fundaràn los articulos siguientes.

El primero, que se pudo depositar el precio de las casas, sin descōtar los tributos.

El segundo, que con auer depositado todo el precio, quedaron redimidos todos los tributos, sin que fuesse necessario que precediesse oblacion, ni requerimiento personal, y que bastò auer hecho notorio el deposito a los acreedores antes de la baxa.

El tercero, que el deposito se hizo con autoridad de la Sala, y fue valido y legitimo: y aunq̄ se huuiera hecho sin autoridad, bastô por auerse hecho en el Depositario general, que es Deposito publico y conuenido ex pacto por el remate.

El quarto, que el riesgo del Depositario, corrio por los acreedores, y que no les compete restitucion alguna, ni pueden ser oydos sobre el remate, ni la postura.

## ARTICVLO PRIMERO.

*Que se pudo depositar todo el precio sin descontar los tributos.*

LO que ha dado motiuo a los acreedores para mouer esta dificultad, es la postura que dize que se ponen las casas en 7ʋ ducados, de los quales se han de baxar y descōtar los tributos abiertos y al quitar, y el resto se ha de depositar en el Depositario general: de que infieren, que precisamēte se auian de reconocer los tributos, y no depositar todo el precio.

Pero con la misma postura se satisfaze facilmēte a esta duda, porque en ella no se obligò el menor a reconocer los tributos, sino a pagar los 7ʋ. ducados, baxados los tributos. los quales dize auia de poder redimir y quitar quando quisiesse. Y con esta clausula no sè yo q̄ pueda quedar rastro de duda; porque supuesto que quedò en la libre voluntad del menor y su tutor, pudo pagar desde luego todo el precio sin descontar ningun tributo, *l. promissor, §. si sine die, ff. de cōstit. pecun.* Y el mismo remate lo dize, ibi: *Y la dicha paga o deposito harà luego que se le aya aprobado el remate.* Y el baxar los tributos estuuo en su eleccion por tres razones euidētes. La primera, porque por naturaleza de los censos, el redimirlos està en la libre voluntad del que los paga. La segunda, porque demas de la disposicion de derecho, huuo pacto expresso en el remate, que auia de redimir y quitar los censos quando quisiesse: y esto importa libre facultad y arbitrio, *l. vnum ex familia, §. rogo, ff. de leg. 2.* ibi: *Cui velles quoad verba attinet. ipsius erit electio. l. plerumq;* *ff. de*

Vide coni. o n. 25 . 2.

*ff.de iur.dotium*. La tercera, porque este pacto fue en fauor del menor, y el baxar los tributos, o no, quedò a su voluntad, y no se puede retorcer contra èl, *l.quod fauore, C.de leg. & const.cap.quod ob gratiam, de regu. iur.in 6.* Y el redimir desde luego, o reconocer, se entiende siẽpre eo volente: latè comprobat *Tiraquelus in l.vnquam, C.de reuocand.donat, verbo reuertatur, n.10.cum seqq. Censio de censibus, decis.198.in fine, Cancerius lib.2 variar.c.2.n.103.* Y es buen texto la *l.2.ff.de leg. commiss.* donde en vn contrato de vẽta huuo este pacto, *Si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus sit*: sucedio, que el fundo se quemò, y el comprador no pagò al plaço, y pretendia que conforme al pacto *fundus inemptus erat*. Y resuelue el Consulto: *Ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptũ esse vellit, quia id venditoris causa caueretur: nam si aliter acciperetur Exusta Villa in potestate emptoris futurum, vt non dando pecuniam inemptum facerat fundum, qui eius periculo fuißet.*

Y esto es lo mismo que passa en este pleyto, porque la calidad de baxar los tributos, o pagar el precio dellos, fue en fauor del menor, y vsando de su derecho pagò por entero en el deposito, donde el dinero se ha perdido por quẽta de los acreedores: y asi ellos no se pueden valer del pacto de descontar y baxar los tributos, *l.quod autem, ff. de in diem adiect.l.quamuis, ff.de pignor.actione.* Y es singular texto para este proposito la *l.ea lege, ff.locati*, ibi: *In huiusmodi obligationibus id maximè spectare debemus, quod inter vtramque partem conuenit, videtur autem in hac specie id silentio conuenisse, ne quid præstaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus, id est vt hæc, ex conuentione pro locatore tantummodo interponeretur.* De manera que aun auiendo omitido aquel caso, se interpretò en fauor de aquel en cuyo fauor se puso el pacto: y asi lo nota Glossa verbo *pro locatore. Latè Giurba decis.28.ex n.7.cum seqq.* Y en este pleyto no se omitio nada, pues claramente se dixo que auia de redimir el menor cada y quando q̃ quisiesse, y asi pudo descontar los tributos, o no descontarlos; porque esto fue en su fauor, y estuuo en su eleccion, y por esta misma razon pudo depositar todo el precio, o el resto, y el deposito fue legitimo y valido: ita in specie tradit *Gratianus disceptat.8.tomo 1.n.12.* ibi: *Quinimo poterat dici non esse spectandum tempus duorum mensium, quia in casu de quo agimus, nullum aderat pactum in instrumẽto census, quod pro redemptione facienda deberet fieri denũciatio per duos menses ante, & sic statim erat locus retrovenditioni nullo alio tempore spectato, & in consequentiam depositum non potuit impugnari, tanquam factum ante tempus, cùm venditor qui habet facultate m redimendi, posit omni tempore redimere, &c.* Y desta manera entẽdio el Relator la postura y el remate, quando hizo liquidacion del precio, vt constat, ibi: *Y si el dicho Don Lorenço quisiere depositar todo lo que mõta el dicho remate, menos los 192U. marauedis del tributo perpetuo, lo podrá hazer, y de poder del Depositario general, los acreedores que lo huuieren de auer, lo podran sacar*

*sacar en virtud de prouisiones de V.S. y con esto aurá cumplido con la calidad de su remate, y las casas quedarán libres de toda carga y tributo al quitar, menos el tributo perpetuo, &c.* Y no era necessario que el Relator lo dixesse, porq̃ supuesto que el baxar los tributos auia de ser para pagar menos dinero, y satisfazer con los reconocimientos la cantidad de los 7U. ducados, los pudo pagar todos el comprador, y quedò sin obligacion de reconocerlos, *Textus est decisiuus in l. quamuis alias Calliopus 45. ff. de solut.* donde vno stipulò y prometio a su muger de pagarle la cãtidad que auia recebido en dote, en vnos predios obligados que auia de darle in solutum, y resuelue el Consulto, que pagandole la cantidad, no tenia obligacion de darle predios, vt constat ibi: *Tamen satis esse offerre dotis quantitatem.* Y aqui es lo mismo, pues los reconocimiẽtos se auiã de hazer in solutum de los 7U. ducados; y pagandolos en cõtado, no era menester reconocer los tributos, ni descontarlos, sin que lo impida el dezir, que se obligò a depositar el resto, porque esso mismo se pondera en fauor del menor, porque la postura dize assi: *Y el resto q̃ quedàre de la dicha cantidad, baxados y descontados los principales de los tributos, lo auia de depositar en el Depositario general, o pagarlo a quien por los dichos señores fuere mandado.* Aquella palabra *baxados y descontados*, es ablatiuo absoluto, y induze condicion, *l. ab emptione, ff. de pact. l. a testato, ff. de condit. & demonst.* Comprobat *Salgado de protectione, 4. p. cap. 13. tomo 2.* De manera, que para que se depositasse solo el resto, se auia de cũplir la cõdicion de baxar y descontar los tributos; y pues esta fue potestatiua, y consistio en la libre voluntad y arbitrio del menor y su tutor, no auiendo querido descontar los tributos, pudo y debio pagar todo el precio en contado; porque el ser deudor de la cantidad por entero, erat in obligatione, pues siempre debia 7U. ducados: y en esta obligacion nunca tuuo eleccion el menor y su tutor, y en lo que la tuuo fue en el modo de la paga, porque pudo pagar los 7U. ducados, o en contado todos, o descontando los tributos, pues quedò en su elecciõ el quitarlos quando quisiesse, *l. si quis stipulatus decem in melle 57. ff. de solut.* vbi notat *Glossa*, que el que se obligò a pagar diez en miel, puede pagar los diez en contado, porque *sunt in obligatione*, y puede pagar en miel, *quia est in solutione tantùm*: y assi es lo mismo que si dixera, *decem in pecunia, aut in melle.* Y aqui es lo mismo, pues en los 7U. ducados cõsistio la obligacion, y el reconocer y descontar los tributos, fuit in solutione: y de qualquiera manera el precio de 7U. auia de seruir para pagar los acreedores, los quales no tuuieron arbitrio ni eleccion para que se les pagasse en esta forma, o aquella, y la elecciõ solo fue del comprador, y cumplio con pagar todo el dinero, paraque de el se pagassen los acreedores: texto es singular la *l. pupilli 96. §. cum eodem, ff. de solut.* ibi: *Nec arbitrio creditoris electio erit, cùm debitor prætium pignoris consortioni*

tioni

*tioni subiecerit.* Y es de notar, que en este texto se vendierõ los bienes para pagar acreedores, y el precio era para ellos en comun y sin distincion, que esso quiere dezir *consortioni*, que es lo mismo que aqui se paccionò en el remate. Y aunque no se paccionàra con esta claridad, siempre la eleccion era del deudor, *l. plerumque, ff. de iure dotium, ibi: Verùm si ita fuerit adiectum, vtrúm maritus vellit, ipsius erit electio, aut si nihil de electione adijciatur, electionem habebit maritus, vtrùm malit res offerre, an pretium earum, &c.* Demas de que en los contratos se ponen las palabras condicionales, vt per contrarium sensum disponan *l. inter socerum, §. cũ inter, ff. de pact. dotalibus, l. si ita stipulatio, ff. de oper. liber. l. pecuniam, ff. si certum petatur,* vbi notatur *quod in vno casu dicetur, per argumentũ à contrario sensu in alio videtur denegari.* Latê *Mantica de tacit. conuent. lib. 2, tit. 14. nu. 3.* Y assi, diziendo que depositaria el resto baxados los tributos, fue lo mismo que si dixera, que no baxandolos depositaria todo el precio: porque lo mismo procede en el todo, que en la parte, y al contrario, *l. quæ de tota, ff. de rei vindicat.*

Vltimamẽte esto se persuade cõ claridad de otra clausula de la postura, en que se dize, *Quedando por quenta y riesgo de quien lo huuiesse de auer, en poder del dicho Don Lorenço del Castillo: porque auiendose hecho el remate, no auia de correr ningun riesgo el dicho Don Lorenço en el dinero, &c.* Esta palabra *en el dinero*, no se refiere al resto del precio, sino a todo el dinero: y esso se quiso dezir y se dixo, que no auia de correr el riesgo el menor en el dinero, sino los acreedores desde el dia del remate: y assi como se puede presumir que queriendo preuenirse del riesgo del dinero, quisiera correrlo en los principales de los tributos, pudiendolos pagar desde luego, depositando o pagando el precio por entero?

Y los mismos acreedores de tributos, quando se trataua de aprobar el remate, lo contradezian diziendo, que no auia de cumplir el menor con descontar los tributos, porque era salir de vn concurso y entrar en otro, y esto fue reconociendo la eleccion que tenia conforme a la postura: y aora que ven el dinero pagado y perdido, dizen, q̃ no auia de pagar, sino descontar; y assi no deben ser oydos, porq̃ alegan cosas contrarias ex diametro, *l. penult. C. de solut.* vbi *non debet quis petere, cuius contrarium postulaturus non esset.*

## ARTICVLO SEGVNDO.

*Que con auerse hecho el deposito de todo el precio, quedaron redimidos los tributos aunque no precediesse oblacion ni notificacion personal, y que bastò auer notificado el deposito despues de hecho.*

NO se puede negar, que es regla y doctrina ordinaria, que para q̃ el deposito sea legitimo y q̃ por èl quede libre el deudor, es necessario

necessario que primero proceda oblació, *l. qui Romæ 122. §. seie. ff. de ve5 bor. obligat. l. si reus 73 ff. de Procurat. l. 2. acceptam, l. si creditrici, C. de vsur. lr obsigatione, C. de solut.* Latè comprobat *Dom. la Rea decis. 19. tomo 1. n. 14.* ex pluribus *Hermosilla in l. 2. tit. 3. part. 5. glossa 3. n. 36.* Y especialmente para redempcion de censos, es indubitable, como lo dizé *Abendaño, Feliciano y Censio*, y todos los que tratan desta materia censual.

Pero esta doctrina procede y habla quādo yo trato de redimir el censo que pago, o la deuda que debo a mi acreedor cierto o conocido, hoc est, aquel que me puede dar liberacion, y tiene facultad de recibir, porque entonces no se cūple con depositar, sino es q̄ el acreedor sin justa causa rehusa el recibir el dinero: y esto se prueba claramente de los mismos textos, *d. l. 2. C. de vsuris*, ibi: *Si prætium venditori nō obtulerit. l. 8. tit. 14. p. 5.* ibi: *Otrosi dezimos, que si el deudor quisiere pagar el debito al q̄ lo debiesse reciuir, e el otro no lo quisiesse tomar, &c.* Lo mismo prueba la *l. 38. tit. 13. p. 5. l. si creditrici*, ibi: *Si creditrici pecuniam debitam cum vsuris testibus præsentibus obstulisti, ea que non accipiente obsignatam deposuisti.* Y en efecto todos hablan en acreedor cierto, que podia reciuir el dinero y dar liberacion cierta, y asi no se pueden aplicar a este pleyto; porque ningun acreedor puede cobrar hasta que estè aprobada la liquidacion, y tenga prouision de pago: y esto basta para que no se les hiziesse oblacion, ni huuo para que. Sic notat *Ioann. Gutierr. pract. lib 2. q. quæst.* 160. vbi ait *in n. 3.* que la oblacion solo es necessaria, y se debe hazer *ei qui potest recipere & offerentem liberare, & non alijs*, vt in *l. si reus paratus cum similibus, ff. de procurat.* idem tenet *Rodriguez de redditibus, lib. 2. q. 15. n. 53. Tiraquelus de retract. linagi. § 9. glossa 3. num. 4.* Y aun siendo el acreedor cierto y conocido, quando està ausente, o impedido, o no tiene persona legitima para reciuir, tampoco es necessaria la oblacion, y basta solo el deposito. Texto es claro la *l. si creditrici, C. de vsuris*, ibi: *Absente veró creditrice.* vbi notant *Bald. & Salicet. quod absente creditore, sufficit offerre in iudicio.* Y es doctrina de *Bart. in l. si reus paratus, ff. de procuratoribus, n. 5.* donde nota, *quoad si non reperitur cui soluere posit, debet debitor consignare.* Y es buen texto la *l. si fundus, §. Marcelus, ff. de lege commiss.* donde el mismo texto supone por necessaria la oblacion para q̄ el deudor quede libre; pero si no tiene acreedor cierto a quien ofrecer, no es necessaria: ait textus, *Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate soluere; quod si non habet cui offerat, posse esse securum.* Tābien es a proposito la *l. aut prætor, §. 1. ff. de minoribus*, donde se determina, que no se le puede compeler al deudor del menor que pague, sino tiene curador legitimo que reciba, y asi basta depositar sin oblacion, vt ait *textus* ibi: *Sed hodie solet pecunia in ædem deponi.* Et ibi: *Aut curatoribus solui si sunt. l. frustra, C. de administr. tutor. l. 14. tit. 12. p. 5.* ibi: *O por ventura no es en el lugar entonces, &c.* Y lo mismo prueba la *l. cum quidam, §. si*



pupillo

pupillo, ff. de vsuris, que dize, que no tiene obligacion de pagar el q̃ està justamente impedido por no tener a quien pagar, *quod enim potest imputari ei qui soluere, etiam si vellet, nõ potuit?* Sic tenet *Glossa* 4. *in d. l. 8. tit. 14 p. 5. Trentacinquius variar. lib. 3. tit. de solut. resolut. 22. n. 2. vers. 3.* donde dize, que si el acreedor es de diuerso fuero, no es necessaria oblacion: refert & sequitur *Hermosilla in l. 2. tit. 3. p. 5. gloss. 3. n. 36. in fine.* elegãter *Petrus Surdus cons. 87. tomo 1. n. 31.* donde dize, quod *si non est cui soluatur, nõ est necessaria oblatio, nec citatio ad validitatem depositi.* Tradit *Rodriguez de redditibus, lib. 2. q. 15. ex num. 55. vsque ad num. 60. Alex. cons. 92. n. 10. lib. 2.* vbi latê. Y en los casos que no se puede hazer oblacion por ausencia o impedimento del acreedor, si se deposita el dinero para conseguir liberacion, basta que despues de depositado se le haga saber; porque entõces el notificalle el deposito obra lo mismo que la oblacion, para conseguir plena liberacion, sic tenet *Trentacinquius, & Hermosilla vbi proxime, & Surdus dict. nu. 31.* donde concluye, *quod quando etiam certa fuisset persona, omnino non vitiatur depositum ob citationis defectum cum fuerit sequta illius intimatio, &c.* Idẽ tenet *Rodrig. de redditibus, lib. 2. q. 15 nu. 59.* donde concluye, que el deposito sin oblacion no obra nada, *donec ea consignatio notificata sit creditori.*

Con esta resolucion se assegura bastantemente la justicia de don Iustino, porque èl no tuuo acreedor cierto a quien poder pagar ni ofrecer, pues no era deudor de ninguno en particular, sino de todo el concurso, y assi era superflua la oblacion a quien no le pagaua bien, pues hasta q̃ la liquidacion estè hecha y aprouada, y cada vno de los acreedores saque prouision de pago, ni es parte para cobrar, ni se le pudo pagar, y mucho menos ofrecer, ni oy puede cobrar ninguno, pues la liquidaciõ no està aprouada, antes està cõtradicha y litigiosa, y se presentò mucho despues del deposito hecho: y assi conforme a las dotrinas referidas, no fue necessaria la oblacion, ni huuo acreedor cierto a quien hazerla: y assi precisamente se debe hazer el deposito del dinero, y se cumpliò con el requisito de la oblacion, con auerlo notificado en persona a los acreedores, y a sus procuradores, despues de hecho desde 5. de Setiembre, en que pudieron sacar el dinero del deposito y valerse del: y esto solo bastaua para excluyr su pretension, vt latius infra dicetur.

Pero ay otro fundamento en fauor de D. Iustino, sin disputa, y es, que aqui no pudo proceder oblacion, no tanto por el impedimento de los acreedores, por no auer liquidado sus creditos, ni ser partes para cobrar, quanto porque no eran acreedores de D. Iustino, ni lo podian ser hasta que verificassen la condicion del remate, que fue *de pagar el precio a los acreedores que la Sala mandasse, o depositar en el Depositario general:* y assi precisamẽte lo debio depositar sin ser necessaria oblacion,

cion:porque nō pudo pagar de otra manera, por la incertidūbre de los acreedores, hoc est, de aquellos a quien se les auia de hazer pago con este dinero: y esto se prueba con euidencia ex sequentibus.

Lo primero, porque estas casas no las posseia ningun acreedor, y auian estado por bienes del cōcurso en administracion y sequestro, que todo es vno: porque el oficio del Administrador no es mas q̃ vn sequester para guardar y recoger los bienes, y cōseruarlos mientras dura el pleyto, *l.2. vbi notatur, ff. de curat. bonis dand.* & ibi *Gloss. verb. data.* Y auiendose vendido estas casas para pagar a los acreedores el precio de ellas, sucedio loco rei, y de la manera que las casas estauan en sequestro mientras se hazia pago a los acreedores, assi el precio tambien debe estar en sequestro y deposito, porque se vendieron para este efecto, y se subrogò el precio en ellas: ita in specie tradit *Surdus decis. 306. per totã,* donde por este fundamento se resuelue, q̃ en el precio de los bienes concursados se hã de preferir los acreedores por su antelacion, como en los mismos bienes: y es texto expresso para este proposito la *l. pupilli, §. cum eodem tempore 96. ff. de solut.* Y assi supuesto q̃ las casas estauan en sequestro, y ningun acreedor las ocupaua, el precio dellas no se podia pagar a ninguno dellos, sino se debio depositar precisamente, aũque no se dixera, ni se paccionàra en el remate.

Lo segundo, porque por disposicion de derecho, vẽdidos los bienes del concurso, no tiene el comprador facultad para pagar el precio a ningun acreedor, sino a quien el Iuez mãdàre, o depositarlo en el deposito publico para los acreedores: vt expresse disponitur in *l. fin. § fin. C. de bon. authoritat. iud. possiden. in principio, & postea* ibi: *Necesse est signare, & in Cimeliarcho* (hoc est in loco vbi ponitur thesaurus) *Ecclesiæ illius ciuitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur deponere.* Et ibi: *Vt si quis postea creditor aparuerit, & debiti cautionem ostenderet, possit ex his satis sibi facere, &c.* Y assi no fue necessario ofrecerlo a los acreedores, ni aun citarles para el deposito: y lo que mas es, que si el dinero se perdiesse en el deposito, corre por cuẽta de los acreedores: assi lo resuelue en los terminos proprios deste pleyto *Antonio Fab. in diffinit 29. lib. 8. tit. 17.* q̃ dize assi: *Qui bona subhasta vendita cõparuit, & iubente iudice prætiũ obsignavit penes eũ, qui a iudice in eam rem nominatus est, licèt inauditis creditoribus liberatur, perinde ac si creditoribus ipsis mandante iudice soluisset, nec quicquam refert, an depositarius ille pecuniã malé custodierit, aut inter creditores perperam distribuerit, &c.* Tradit etiã in terminis *Fontanel. de pact. 2. tom. clausul. 5. gloss. 8. p. 7. ex n. 48. hasta* 50. donde dà por razon, q̃ el q̃ cõpra *publica subhastatione & authoritate iudicis, non debet esse deceptus, quia nemo vellet accedere ad publicas subhastationes.* Y refiere algunas decisiones: y luego concluye diziendo: *Plus dicit, & tenet, ac obseruat Senatus, & hoc potest deseruire pro secunda ratione; quamobrem emptores publici debeãt esse tuti & securi in suis emptionibus, quod*

*venditis*

*venditis bonis debitoris in subhastatione publica & deposito pratio extinguuntur statim hypotecæ creditorum, & quod magis est exinde non currunt pensiones, si debitor erat censuale, vel alias pariens vsuras, &c.* No puede ser mas ajustado a los terminos de este pleyto: lo mismo refiere y sigue el proprio *Fontanella in decis. 218. n. 14.* tenet *Ripol variar. cap. 11. n. 135.* vbi, *quod pratium subhastationis debet deponi, vt fiat graduatio creditorum.*

Lo tercero, porq̃ aunque los acreedores en este concurso son ciertos, tamen los que han de cobrar deste precio, no lo son, porque ay litigio entre ellos sobre la liquidacion y lo que a cada vno se le debe y ha de auer; y assi hasta que este articulo estè acabado y saquẽ sus prouisiones de pago, ninguno puede cobrar, ni a ninguno se puede pagar ni ofrecer el dinero, *ratione incertitudinis, & controuersiæ.* Y este caso diuerso de los terminos de la *l. obsignatione, C. de solut. creditrici*, y los demas textos referidos: porque alli no se pudo hazer la oblació, no porque el acreedor no era cierto, sino por el impedimento o dificultad de requerirle; pero aqui no se pudo hazer, por la incertidumbre de los acreedores, y por la controuersia del pleyto: y en estos terminos es preciso y necessario el deposito, y no se cumple de otra manera, *l. 1. §. apud Iulianum, ff. depositi*, ibi: *Oportere igitur rem deponi in æde aliqua donec de hæreditate iudicetur. l. si duo, ff. vt legator. nomine caueatur.* Dõde auiendo litigio entre dos sobre vn legado, no se puede pagar a ninguno, sino assegurarlo con caucion para todos: y esto es lo que obra el deposito, el qual propriamente no es deposito, sino sequestro, porq̃ se haze en fauor de muchos durante la controuersia, *l. licèt, ff. depositi*, ibi: *Nam tunc id fit cum aliqua res in controuersiam deducitur, l. 1. tit. 3. p. 5.* y entonces ninguno de los litigantes possee, ni puede: *Id enim agitur ea depositione, vt neutrius possessioni id tempus procedat. l. propriè, ff. eodem: Propriè autem in sequestre est depositum, quod á pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur*, como aqui, que se puso el dinero en el deposito para hazer pago a los acreedores por mandado de la Sala, *l. sequester, ff. de V. S. 110. l. fin. § ea verò, C. quibus ad libertatẽ proclamare licet*, ibi: *Quatenus à supradictis rebus dicernuntur in sequestro esse oportet, vt his ab vtroque deductis, atque in medio collocatis ad eorum proprietatem, vterq; contendat.* Et est glossa in *l. vnica, C. de probibita sequest. pecu.* vbi dicit, *fieri sequestrationem carũ rerum, de quibus dubitatur si sint domini.* Y esto es porque mientras dura la cõtrouersia y el litigio, *quilibet ex contendentibus impedit alterum*, y con esto se justifica el sequestro, vt notatur *in l. æquissimum, ff. de vsufruct. cum similibus tradit Mieres de maioratib. 3. p. q. 17. Tiraq. in tractatu Lemort. 5. p. declarat. 3. n. 9. & p. 6 declarat. 9. n. 2.* Y es buen texto el *cap. 11. q. 1.* ibi: *Quia res in litigio posita in nullam transferri potest omnino personam, donec legitimé conditionis euentu, qui potius debeatur iudiciali deceptatione possit, &c.* Y assi pendiente el pleyto y la controuersia, ningun acreedor podia pedir nada, ni es-

era parte, *l. nemo, C. de acquirend. possessione*: ni tampoco a ninguno se le podia pagar sin prouision de la Sala, y assi fue preciso el sequestro; probat in specie *Paponius lib. 15. tit. 7. arrest. 4. & lib. 8. tit. 10. de sequest. arrest. 7. Corbulus de iure emphiteut. de caus. priuat. ob non solut. can. limitat. 14. 22. y 23.* donde dizen: que *quando domini inter se contendunt, emphiteuta excusatur, neutri soluens. Surdus decis. 6. n. 6. Arisminus Thepatus variar. tit. 161. cap. 3.* ait, quod *duobus contendentibus, neutri soluendum est, sed debitor in iudicio debet offerre, & consignare, & protestari se velle solveri victori.* Y esto fue lo q̃ aqui se hizo, depositar el precio, y luego presẽtar testimonio en este pleyto, y notificarlo a los acreedores para que lo sacassen: y refiere a *Canall. milleloq. 648. Hieronimus Laur. decis. Auenionens. 149.* vbi, *debitor qui promissit duobus, soluere non potest vni tantùm. Boerius decis. 106.* vbi ait, quod *lite pẽdẽte inter dominos, colonus vel emphiteuta neutri soluere debet, sed cõsignare.*

Y cõntra esto no obstarà dezir, que los tributos consumen todo el precio de las casas, y assi no se pudo dudar que eran ciertos los acreedores tributarios. Porq̃ esto en el hecho no es cierto, y conforme a la liquidacion se supone, que vn tributo de 900. y tantos mil marauedis, està pagado, y se baxa del precio cõdicionalmente, y otras partidas tambien se baxan dela misma manera, con lo qual es muy possible que sobre la mayor parte del precio para los acreedores de deudas sueltas: y en efeto esto no està determinado, sino litigioso, y quãdo se hizo el deposito, aun no estaua la liquidacion presentada, y al comprador no le tocaua justificar estos derechos, pues la Sala los ha de determinar, y con auer hecho deposito cumplio para todos.

Demas de que la postura fue cõ calidad de pagar a los acreedores que la Sala mandasse, o depositar enel Depositario general: y assi no fue necessaria la oblacion, ni otro ningun requisito, porque se pagò legitimamẽte en el deposito, guardando la forma del remate, *l. si ita stipulatus 59. ff. de solut*: y en estos terminos el deposito es paga verdadera, conque se libra el deudor, y se extinguen las hypotecas, como si se pagara al verdadero acreedor, o a otro por su orden y mandado, *l. si soluturus. l. solutam, ff. de solut. 49.* tradit *Faber dict. diffin. 29. lib. 8. tit. 7.* tradit *Giurba decis. 38. n. 7.* & 8. donde dize, que basta pagar en el deposito conuenido, & latiùs *in decis. 98. n. 1. & 3.* refert *Canzer. lib. 2. var. cap. 4. n. 32. & lib. 3. cap. 8. n. 23.* & in specie tradit *Rota per Farinac. decis. 301. tom. 1. ante posthum.* donde habla de precio de bienes que se pagò a ciertos acreedores conforme al remate, auiendo otros anteriores, y se tuuo por buena la paga, por auerse hecho en virtud del pacto. In specie *Veroius cõsil. 194. n. 13. tom. 1.* vbi *loquitur in deposito facto de volũtate emptoris*

Finalmente auiendose pedido licencia para hazer el deposito, los acreedores lo contradixeron, diziendo q̃ se les auia de pagar en plata, y que el remate auia sido nulo, y otras razones; demanera que nũca

ca estuuieron promptos de recibir el dinero en vellon, antes repug nantes expressamente: y este es caso llano enq̃ se pudo hazer el deposito, conforme a la *l. acceptam*, y los demas textos de la materia. Y no fue necessario que formalmente se les ofreciera el dinero, porque la oblacion solo se requiere para que el acreedor sepa q̃ el deudor quiere pagar, y reciba el dinero antes que se deposite: y esto mismo se cósiguio con auer pedido licencia para depositar, porque se les dio traslado a todos los acreedores, y no se allanaron a reciuir el dinero, antes como se ha dicho impugnaron el remate, con lo qual se cósiguio el efecto de la oblacion, y se hizo justamēte el deposito: vt in specie resoluit *Surdus omnino videndus decis. 6. per totam*, donde resuelue q̃ auiendose mouido pleyto sobre vna caducidad, no tuuo el emphiteuta obligacion de hazer oblacion, *quia certum erat creditorem recusaturum, Craueta cons. 1. n. 210.* quem refert *Arisminus Thepatus var. tit. 166. cap. 9. in fin.*

Y como quiera que sea, auiēdose hecho el deposito notorio a los acreedores en persona, y a sus Procuradores en 4. y en 5. de Setiembre, conque pudieron sacar el dinero antes de la baxa, bastô: porque esta notificacion equiuale a la oblacion, y obra lo mismo, vt supra diximus: & in specie cóprobat *Rota per Farinac. decis. 253. tom. 1. ante posthum.* donde resuelue, que el riesgo del deposito corre por quenta de los acreedores, que fueron negligentes en sacar el dinero de poder del Depositario.

## ARTICVLO TERCERO.

*Que el deposito fue judicial y en tiempo legitimo, ỹ aunque se huuiera hecho propria authoritate, bastò por auerse hecho en el Deposito publico y general.*

AVnque es opinion comun, que el deposito se ha de hazer por mandado de Iuez, esta opinion y los textos en que se funda, se han de entender con distincion, videlicet, o el deposito se haze publico, o en parte publica, como en el Depositario general: y no es menester mandato de Iuez, porque lo puede hazer qualquier deudor por su autoridad; y basta para conseguir liberacion, con que lo haga notorio al acreedor en tiempo, auiendo precedido oblació en los casos en q̃ es necessaria: pero si el deposito se haze en otra parte particular, entonces es necessario mandato del Iuez, y de otra manera es nulo: esta distincion es legal y de los mismos textos: pruebala expressamente la *l. si acceptam,* ff. *de vsuris*, que dize, q̃ si auiendo ofrecido el deudor el dinero a su acreedor, no lo recibe, *consignatam in publico depone*, hasta aqui este deposito no es judicial, y lo declara bien el texto, porque se explica mas adelante, ibi: *In hoc autem casu publicum intelligi oportet, vel sacratissimas ædes, vel vbi competens iudex super ea re addita deponi*

*deponi eas disposuerit, &c.* Esta alternatiua cõ q̃ habla el texto, prueba biẽ que no es menester mãdato quando se haze el deposito in æde sacra; y assi la conclusion del texto es, que si el deposito se haze publicamẽte, esto es, en lugar publico y diputado para los depositos, es valido y legitimo, y no es necessario autoridad del juez: esto se comprueba por la *ley ait prætor, §.1. ff. de minoribus*, ibi: *Solet pecunia in ædem deponi. l. 1. §. si pecunia, ff. depos.* ibi: *Vel coram prætore, vel interuenientibus honestis personis*, qualquiera de las cosas basta: & ibi: *Satisdatione non interueniente rem in ædem deponi*. Et in *§. Apud Iulianum*, ibi: *Rem deponi in æde aliqua, &c.* Y para inteligencia destos textos, y los demas q̃ vsan destos terminos, *ædes*, vel *ædes sacra*, se ha de suponer, que antiguamente la casa del Tẽplo se significaua con esta palabra, *ædes*, vel *ædes sacra*, vel *sacratissima*: sic *Calepinus in dictionar. verbo ædes, & Caluinus in legicon dict. verb.* Y en estas casas o Templos se guardaua y recogia el tesoro publico: ita ex *Suetonio tradit Franciscus Borbotellus in vita Augusti, lib. 2. in cap. sacra*, dõde dize, q̃ *in cella Iouis Capitolini* puso Augusto Cesar 16. millones de oro, y donò gran suma de margaritas y piedras preciosas: por lo qual se dudò, *an fuerit sacra pecunia, vel ne?* De donde se viene a entender la *l. sacrilegij, ff. ad l. Iuliam peculatus, y la l. siguiente*, en que se dize, que el q̃ roba *priuata sacra, vel ædiculas*, que es parte pequeña del Templo, comete delito menos que de sacrilegio, y mas que de hurto; y alli la *Glos. verbo compilauerunt*, dize, que *ædiculum est diminutiuum ædis*. Y que esta casa o Templo fuesse parte publica donde se hazian los depositos, pruebalo la *l. sacrilegij, §. cum eo*, ibi; *Ad ærarium professus*, y la *l. hac lege* siguiente, donde vno metio vn arca para guardarla enel Templo, y lleuaua dẽtro vn hombre que salio della despues de cerrado el Templo, y lo robò: y es texto claro la *l. fin. §. fin. C. de bon. author. iudic. poss.* donde dize, q̃ el precio de los bienes vendidos para pagar los acreedores, se deposite *in Cimeliarcho sanctæ Ecclesiæ illius ciuitatis*: y alli la *Glossa* nota, que es lugar donde se pone el tesoro: y este texto y los demas que hazen mencion de este deposito publico, no dizen que es menester autoridad de juez para hazerlo, porque el mismo deposito tiene autoridad publica: y confirma este discurso la *l. 8. tit. 14. p. 5.* q̃ dize, que si alguno ofrece a su deudor lo que le debe, y èl no lo quisiere reciuir, q̃ le requiera, o le *afrõte ante omes buenos, y põga aquellos marauedis señalados en fieldad de algun ome bueno, o en la Sacristania de alguna Iglesia, e dende en adelante es quito*. Ecce textum expressum, que dize, que no es menester autoridad de juez para el deposito siendo en parte publica, que esto es *Sacristania, &c.* conque concuerda con la *l. acceptam*, q̃ habla con la misma alternatiua: lo mismo prueba la *l. 38. tit. 13. p. 5.* ibi: *O los pusiesse en guarda de algun lugar Religioso, o de algun ome bueno. l. 14. tit. 12. ead. part.* ibi: *Entõces pone aquello q̃ debe en fieldad en alguna Iglesia o Monasterio, o en mano de*

*algun ome bueno ante teſtigos.* Segun eſto, ſi fuera requiſito ſubſtancial el auerſe de hazer el depoſito con autoridad de Iuez. lo dixera eſta ley como dixo *ante teſtigos.* Y es de ponderar, q̃ quando eſtas leyes hablan de Sacriſtania o lugar Religioſo, no piden teſtigos ni autoridad de Iuez, ſolo quando ſe ha de hazer el depoſito en perſona particular. Y aſsi para que no tengan contradicion con la *l. acceptam*, ſe hã de entender que hablan eſtas leyes en depoſito que ſe haze en publico, o en parte publica, que eſtonces no es meneſter mandato de juez, *textus eſt in l. qui mutuam, §. fideiuſſor, ff. mãdat.* ibi: *Obſignauit, & publicè depoſuit.* Pero quãdo ſe haze en parte priuada, ha de ſer cõ autoridad de juez, porque de otra manera no ſerà el depoſito publico, como dize la *ley acceptam*: y aſsi lo entendio y aduirtio *Graciano tomo 2. diſcept. 260. n. 25.* donde dize, que eſta es opinion veriſsima, y procede en el depoſito judicial quando ay controuerſia: in ſpecie tradit *Ripol. variar. cap. 10. n. 3. & c. vltim. n. 163.* donde dize, q̃ el depoſito ſe à de hazer *in tabula cãbij depoſitorum ciuitatis; ſi veró locus publicus non ſit, debet per Conſules loci eligi perſona probata.*

Supueſto lo referido, no ſe puede dudar que el depoſito ſobre q̃ ſe litiga, fue legitimamente hecho, porque ſe hizo enel Depoſitario general, cuya caſa es publica, *l. 14. tit. 9. lib. 3. Recopil.* y diputada para reciuir ſemejantes depoſitos con titulo de ſu Mageſtad, y admitida por el Acuerdo, y con todos los requiſitos neceſſarios para ſer depoſito publico, que es lo que baſta para que ſea valido, aunque no ſe hizieſſe con autoridad de juez, *l. argentarius, ff. de ædendo*, ibi: *Quia officiũ eorum, atque miniſterium publicam habet cauſam.* Y que el Depoſitario general ſea miniſtro publico, y el depoſito en èl hecho ſe diga publico, tradit *dom. Valençuela Velazquez conſ. 179. tom. 2. n. 90. 92. &* 100. Tradit in ſpecie *Neguſantius de pignorib. 3. mẽb. 5. p. n. 26. verſ. ſeptimo requiritur,* dõde entiende la *l. acceptam*, como queda dicho, y dize, q̃ el elegir el Depoſitario el deudor o el Iuez, ſolo obra para que el rieſgo del depoſito corra por el deudor, ſi èl lo eligio, que es la *l. ſi ſoluturus, ff. de ſolut.* y eſto ſe entiende quando ſe perdio el depoſito por falta del Depoſitario; y aun en eſte caſo no corre el rieſgo, ſi el Depoſitario era perſona de quien todos fiauã: y ſi el Iuez no quiere elegir, puede elegirlo el deudor, etiam aunque no elija *ædem ſacram, dummodo depoſitarius ſit tutis, quod contra eum ſit facilis exactio.* Probat *Tiraquelus lib. 2. de retract. § 4. gloſſ. 7. n. 11.* expreſsè *Auiles in cap. prætorum; tit. de Sindicat. cap. 10. verb. nombrare, n. 1. &* 2. donde dize, que ſi el deudor depoſita, *apud quem omnes diligentes communiter confidebant, licét fiat ſine iudicis authoritate, valet depoſitũ.* Tradit etiam *Giurba deciſ. 38. n. 8.* donde dize, que baſta hazer el depoſito *in publico, hoc eſt in æde ſacra, aut bãcho publico, vel tabula nũmularia, ſi hæc in loco iudicij ſint, quia deponentis electio ſuſtinetur, quando eligit perſonam, de qua omnes confidunt;* & latius *in deciſ. 98. n. 3.*

Cæterùm vt cumque sit, el deposito sobre q̃ se litiga, fue judicial, porque se hizo en virtud del remate que fue judicial, hecho enel mismo pleyto, y por el señor Semanero, y en su presencia; y la postura con que se rematò, fue con calidad de que el dinero se auia de depositar enel Depositario general luego que se aprobasse el remate, y se diesse la possession de las casas: y con estas calidades se aprobò el remate por autos de vista y reuista, y despues se han despachado prouisiones para pagar ciertos derechos del dinero depositado al Relator, como bienes del concurso, conque tambien se halla ya aprobado el deposito: cõ lo qual no fue menester mas autoridad ni licẽcia, porq̃ este es deposito judicial, y tiene autoridad de tal, *Quia omnia nostra facimus, quibus authoritatem impartimur. l. 1. §. omnia enim. C. de veter. iur. enucleand.* & in specie tradit *Surdus cons. 385, lib. 3. n. 31. cum sequentibus.* Y en el *num. 34.* resuelue, que basta la presencia del juez para que el deposito se tenga por judicial, *non minus quam si mandante iudice, ipsoque eligẽte factum esset.* Y esto es lo mismo, pues aunque el deposito no se hizo præsente iudice, la postura con la calidad de depositar, se hizo en presencia del señor Semanero, y la aprobò la Sala, cõ lo qual fue lo mismo que si diera licencia, y el deposito es judicial; tradit etiam *Gratianus disceptat. 8 n. 17. & seq. tom. 1.*

Y que no fuesse necessario para hazer el deposito, decreto ni auto de la Sala, porque bastò la condicion del remate aprobada, se prueba con euidencia por la *l. 1. C. quando decreto opus non est, vbi non est opus decreto in alienatione rei minoris, quando præcessit conuentio paterna.* Y es buen texto la *l. si pupillorum, §. si pupillus, ff. de rebus eorũ,* donde se duda, si auiẽdose dado licencia para empeñar, o hypotecar los bienes del menor en fauor de alguno, serà menester nueua licencia para venderlos? Y dize el texto, que no, porque ya quedò dada enlo primero: tenet *Capicius decis. 182. n. 11.* donde duda, *An in concessione facta vigore pacti interuenire debeat decretum sedis?* Y resuelue quod non: *Nã videtur velle consequẽs id, qui consentit suo antecedenti. Item consensus, siue decretum prætoris in pignoratione rei pupilli se extendit, vt creditor possit illam rem pignoratam vendere iure creditoris sine alio permissu prætoris. l. si pupillorum, §. si pupillus, ff. de rebus eorum. Item consensus domini adhibitus in datione rei feudalis operatur, vt retranslatio domini, quæ facienda est, non requirat alium assensum.*

Y auiendose hecho en execucion del remate y de la aprobacion del, es acto dependiente y connexo del mismo remate: y de la manera que el remate fue judicial, tambien lo es el deposito, porque es accessorio y appendix del remate, y sigue su misma naturaleza. Tradit in specie *Mastrillus decis. 20. tomo 1. n. 5.* donde dize, quod *illa dicitur fideiussio iudicialis, quæ præstatur pro his, quæ in iudicio versantur, vel ab eo dependent. vel quomodolibet emergunt pro assecuratione iudicij, & partis. D. Valençuel. cons.*

122.tom.2.num.2.donde dize,quod *iudiciale dicitur,quod quoquo modo iudicium tangit. l.Lutius,ff.mand.* Tradit *Guido Papa decis.616.num.3.* donde dize,que *acta litis sunt, quæ fiunt in iudicio facto,quæ fiunt extra iudicium:* y el deposito es cosa que consiste en hecho,y no se pudo hazer enel pleyto,aunque fue para el pleyto y para el juyzio: *Alia enim sunt acta litis, alia acta iudicij;acta litis sunt testium attestationes,confessiones,ac omnia ad factum respicientia:at verò cautiones,satisdationes,& similia sunt acta iudicij, vt ait ipse Guid.Pap.* Y el deposito que se debio hazer conforme al remate y a la aprobacion,precisamente se auia de hazer en casa del Depositario ante el Escriuano de los depositos: y auiendose hecho en execucion del remate y de los autos,fue acto del juyzio,y no necessitò de licencia particular,porque ya estaua dada en la misma aprobacion. Tradit *Surd.decis.343.num.10.tomo 2.*donde dize,que *cum persona fuit approbata á domino,non requiritur nouus assensus,quia personis comprehensis in inuestitura,non est interdicta fundi acquisitio.*Probat in specie *Puteus decis.376.tom.1.*donde prueba,que el que *habet mandatũ in causa,habet illius executionem,quia illa executio dicitur de appendicibus,& habens mandatum ad vnum habet ad dependentia,& annexa.*Y asi dize *Salgado de protectione,*q la execucion es parte y declaracion dela sentencia,*p.3.cap.1.n.18. Et ideo executio & præceptum de exequendo vnum,& idem est.* Y asi el hazer el deposito fue en execucion del remate y de los autos de aprobacion, en que se cõprehendio la calidad de depositar en el Depositario general,y fue acto correspectiuo,*& vnus propter alium factus ,* y se reputa por vno mismo,*quia quando actus sequens venit ad executionem, & perfectionem alterius,non dicitur nouus,sed idem cum primo,vt pluribus exornat. Domin. Valençuela cons.160.tom.2.ex nu.83.cũ seq.Et assensus præstitus super cõtractu principali trahitur ad omnia,quæ fiunt pro illius executione. Surdus decis.344. num.52.tom.2.* Cæterùm,auiendo sido el deposito acto tan consecutiuo del remate,y en su execucion se informa del mismo remate,para que sea valido y judicial,como èl mismo lo fue,*Quia quãdo actus licitus est respectu principij,& prohibitus aliquo pacto respectu finis,inspicitur principium vt licitus dicatur,& quando finis habet necessariam consequentiam, ad principium non finis,sed principium attenditur. l.in ratione 11.§.imperator,ff.ad l.falcidiam l.Pomponius,& sequenti,ff.de negot.gest.* latè cõprobat *Salgado de retent.cap.2.p.n.95.& 97.* Y en efeto en el depositar el dinero no huuo dolo ni fraude,sino solo cumplir la obligacion del remate;y esto basta para auer conseguido liberacion,*l.stipulatus,§.si lancem 81.ff,de solut.*ibi:*Sed etsi sine prætore sine dolo malo hoc fecero,liberabor.*

Y en rigor no era necessaria nueua licencia para depositar, pues fue pacto del remate,q̃ se auia de depositar, en cuya virtud se pudo hazer el deposito propria authoritate;porq̃ lo mismo es auerse preuenido esto por pacto,que tener licencia de juez para hazer el deposito,

sito, *l.3.C.de pignorib.* & notabiliter tradit *Rodrigo Xuarez in l. post rem, ad l. Regni in princip.* ibi: *Præterea dico, quod ius exequendi ex cõuentione, & ius exequendi iudicis authoritate æquiparantur. Iste est casus singularis in l.penult.C.de pignor.act.* & *in l.dotis solut.matrim.* & ibi: *Præterea hoc videtur magis clarê determinasse. Bartolus in l.creditores, C.de pignor.act.in 8.colum.vers. Item ex isto,* vbi eleganter inquit, quod *ex pacto ingrediendi propria authoritate, de quo in dicta l. oritur quodam ius, quod est executiuũ præcedentis obligationis, & facit ipsam obligationem habere paratam executionem secundum voluntatem partiũ sicut ex sententia oritur actio iudicati, quæ habet paratam executionem; & ista potestas quæ competit creditori ex conuentione æquiparatur licentiæ sibi datæ per iudicem.* Lo mismo comprueba con muchos *Farinacio decis.338. per totam, 1. tom. ante posthum.* vbi ait: *Creditorem posse authoritate propria capere possessionem bonorũ debitoris vigore precarii in instrumenta oppositi:* y en la *decis.301* del mismo tomo casi en terminos resuelue, que vno que comprò bienes con pacto de pagar a ciertos acreedores confirmado por su Santidad, les pagò bien, aũque fuessen posteriores: y no tuuo necessidad de hazer diligencia alguna, porque pagò conforme al pacto, y bastô estar aprobado: porque la aprobacion y confirmacion no solo dexò el pacto en su fuerça y vigor, sino le dio valor y calidad.

Oponese contra esto, que el tutor pidio licencia para depositar, y se contradixò por los acreedores, y que antes de estar determinado el articulo, no se pudo hazer el deposito.

Y esto tiene dos respuestas facilissimas. La primera, que se negaua auer pedido licencia para hazer el deposito, que sin ella se podia hazer: porque la que se pidio, fue porque se auia mandado por la Sala retener 3U. ducados para vn acreedor, y por esto el tutor pidio licencia para depositar el resto y hazer la retencion, para que no la ignorassen los acreedores: y de esto se les dio traslado, y lo cõtradixeron diziendo, que era acreedor posterior, y otras alegaciones. Y por esso el tutor no quiso esperar el sucesso de este articulo, porque era litigio entre los acreedores, sino vsar de su derecho, y depositar todo el dinero, pues lo podia hazer cõforme al remate, y para esto nunca pidio licencia, ni la huuo menester. Argum. *text. in l. á diuo Pio, §. si rerum, ff. de re iudic. in fine,* ibi: *Vbi controuersia est de pignore, id dimitti debere, & capi aliud, si quod est sine controuersia.*

La segunda, que quando la huuiera pedido, no se priuò de la facultad de depositar por su autoridad, y pudo vsar della: porque el pedir licencia, no es acto de necessidad, sino de vrbanidad, en caso que se puede hazer el acto authoritate propria: sic tradit *Rodrigo Suarez vbi proximé. Dom. Valençuela consil.157.n.17.tomo 2.* vbi ait, quod *quãdo quis potest facere aliquid propria authoritate, si addeatur iudex incompetens, non vitiatur actus.* Latè *Maranta in prax. p.4. tit. vt iudicio mercatorum, ex num.208. cũ seq.* vbi

vbi ait, quod *quando actus poterat geri sine interuentu alicuius personæ, si illa interueniat & sit inutilis, non vitiat actum: & quando in causa non requiritur libellus, si interueniat & sit ineptus, non vitiat processum: & quando causa poterat expediri summariè & sine solemnitate iuris, si interuenit solemnitas, & inutiliter nõ debet per hoc vitiari processus, &c.* In specie tradit *Menochius de adipiscend. remed. 4. n. 414.* donde dize, que el que puede hazer el acto por su autoridad y acude al juez, no se priua de la facultad de hazerlo como de antes: & refert *Decium cons. 460. n. 7.* vbi ait, quod *ex actu adeundi iudicé necessarió non infertur esse renuntiatum facultati recuperandi rem extraiudicialiter, & manu propria. Iass. in l. clam, §. qui ad nundinas, ff. de acquir. possess. nu. 7.* vbi ait, quod *ille qui sua authoritate potest expellere clandestinum possessorem sibi non præiudicat adeundo iudicem.* Y quando en esto pudiesse auer algun perjuyzio, al menor nunca le pudo resultar daño, porque por el mismo caso le compete el beneficio de restitucion.

consilio
... ... vbi ait
si interl
... inutiliter
... non
vitiat
...

## *ARTICVLO VLTIMO.*

*Que el riesgo del dinero y del deposito corrio por los acreedores, aunque no se huuiera depositado, y que no pueden ser oydos, ni les compete restitucion contra el remate, ni la postura.*

PAra juzgar si el deposito fue bueno o malo, no se ha de atender a la baxa de la moneda, porque este fue caso fortuito y accidente que sobreuino despues del deposito, q̃ ni le pudo hazer malo ni bueno, si èl no lo era, *quia actus non ab euentu, sed à causa iudicari debet. l. verum,* & *l. qui iniuriæ, ff. de furt. l. si seruus, l. si puerum ad legem Aquil.* Y si fue bië hecho y legitimo, como lo fue ex supradictis, no es dudable que no corrio por quenta del menor, sino de Pedro del Carpio y sus acreedores. Pero en caso que no huuiesse sido valido y cõ los requisitos necessarios (quod negamus) el riesgo del dinero no corre por quenta del menor, sino del mismo Pedro del Carpio y sus acreedores: porque no se funda la justicia de don Iustino en solo el deposito, sino en el pacto expresso del remate, en que se dize, que *desde el dia del remate ha de quedar el dinero por quenta y riesgo de los acreedores en poder de dõ Lorenço del Castillo, para pagarlo a los acreedores q̃ la Sala mãdare, o depositarlo.* Pues segũ esto, que mas obligacion podia tener el tutor ni el menor, que registrar el dinero el dia de la baxa, para verificar que estaua en su poder, y prompto conforme al remate: y teniendolo, no es dudable que corren el riesgo los acreedores, porq̃ para esto se ha de atender solo al pacto, *l. 1. ff. de pericul. & commod. rei vendit. cap. 1. de commodat. l. 1. §. si conuenit,* & *§. sæpe, ff. deposit.* comprobat *Narbona in l. 15. gloss. 2. tit. 18. lib. 5. num. 41. & sequent.* donde dize, que *intercedente pacto perit respiculo*

*riculo eius, qui dominus non est.* Latè etiam *Pater Molina de contractib. tractat 2. disputat. 365. n. 14. in fine*, vbi plura cumulat. Y assi quando el deposito no sirua de mas que de vn buen registro, basta para que los acreedores corran el riesgo del dinero, conforme al pacto.

Y no ay que glossar ni dudar, si se ha de entender el riesgo, de todo el precio, o del resto: porque claramente dize la postura, que *han de correr los acreedores el riesgo del dinero*, que es termino que comprehende todo el precio; demas de que el pagarlo todo, o el resto, descontados los tributos, fue fauor de el menor y eleccion suya, como se dixo en el primer articulo: con lo qual todo quanto se ha disputado de viribus depositi, ha sido ex abundanti, pues el riesgo siempre le corren los acreedores, por el pacto secluso deposito.

Y lo que aora deponen, de que el remate se hizo en vellon siendo sus tributos de plata, importa muy poco, porque esso se litigò en el articulo de la aprobacion del remate, y quedò vencido; como quiera que auiendose sacado a pregon las casas, precisamente se debierõ rematar en el mayor ponedor, q̃ fue D. Iustino, *l. creditor, C. de distract. pignor.* & ibi *Bartolus*. Y a los acreedores siempre les queda su derecho para que les pague Pedro del Carpio en plata, vt est text. *in l. quæ specialiter, C. de distract. pignor.*

Y el dezir que auian pedido licẽcia para suplicar del remate, tiene menos fundamento: porque aunque el auto primero de aprobacion fue sin embargo, luego huuo otros pregones por tres vezes, y informacion del valor: y vltimamente se confirmô el primer auto de aprobacion, cõ lo qual quedò acabado el articulo en reuista, y no pueden ser oydos los acreedores, ni por via de restituciõ, ni en otra forma: porque contra la l. executoria de la Audiencia, no se admite este remedio, por la ley del Reyno, y prematicas del año de 615. y 21 y aunque no las huuiera, tienen contra si la *l. ait prætor, § quid tamen, ff. de minoribus*, donde el juez mandò que vn deudor pagasse a vn menor sin autoridad de curador; despues el menor pedia restitucion, y dize el texto, que si alegò el deudor que era menor, *nihil imputandum*: y cõcluye: *Sed credo prætorem hunc minorem in integrum restitui, volentem auditum non esse, &c.* Y assi que importa que pida restitucion, si se alegò en el articulo de la aprobacion, que los tributos eran de plata? y adhuc se aprobò. Demas de que la postura que auia hecho el Canonigo Villagran, de que aora se valen, fue de 50U. reales de vellon, con calidad de que se auian de reduzir los tributos a vellon, aũque fuessen de plata: y assi fue mucho mejor la de Don Iustino, pues fue de 7U. ducados, con la misma calidad.

Y en efeto en este caso no puede auer restitucion cõtra el menor, porque es igual priuilegiado; ni tampoco la puede auer por el acci-

dente del caso fortuito que sobreuino. Y menos obsta la postura q
que se hizo de 2500. de plata, porque fue despues de aprobado el re
mate, y hecho el deposito, y dada la possession, quãdo no se pudo ad
mitir sin dar traslado al menor: como quiera no es mejor postura,
porque fuerõ 2500. ducad. de plata, de que se auia de baxar el tribu-
to perpetuo, que importa 500. ducados, conque quedã 2U. y estos se
auian de pagar en dos años: y considerada la postura de 7U. de vellõ,
que hizo Don Iustino de contado, aunque entonces valiesse la plata
a 200. importaua 3U. de plata, que los pudieran reduzir los acreedo-
res, si tomaran el dinero estonces, como pudieron. Y enefeto de esto
no se puede tratar oy, porque non est res integra, por auerse perdido
el dinero por quenta de los acredores. Y assi esperamos se determi
ne, saluo, &c.

*Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.*